

IV

HACIA EL DESARROLLO DE LINEAMIENTOS SOBRE LA PREVENCIÓN DE LOS DESPLAZAMIENTOS POR LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

Durante la última década, Colombia ha experimentado un crecimiento económico marcado por el *boom* de los *commodities*, lo cual ha generado una fuerte presión sobre los recursos naturales no renovables en el país. Si bien esto ha permitido un importante flujo de dinero para el país, esta expansión también ha hecho posible, entre otras cosas, resaltar los problemas que la minería a cielo abierto genera sobre los territorios que son objeto de exploración y explotación minera y, por ende, sobre los asentamientos y las poblaciones ubicadas en estos.

Estas poblaciones vulnerables no tienen acceso a servicios ambientales y de salud, por ejemplo; al contrario, están expuestas a mala calidad de aire, a efectos perjudiciales sobre la salud, debido al uso de mercurio en la explotación minera. En adición, las empresas mineras parecen lavarse las manos cuando se llevan a cabo investigaciones sobre los impactos negativos que han tenido sus métodos de extracción y explotación de carbón, sobre todo en los departamentos de La Guajira y del Cesar.

El análisis del desplazamiento forzado de la población de Plan Bonito, El Hatillo (jurisdicción del municipio de El Paso) y Boquerón (jurisdicción del municipio de La Jagua de Ibírico) nos lleva a un campo de estudio donde confluyen varias disciplinas y la responsabilidad social. La apropiación de la naturaleza a través de la política pública de la locomotora del carbón ha causado contaminación ambiental y pérdida de los medios de sustento de la comunidad en esa región del Cesar.

El Gobierno, para generar crecimiento económico, en los tres últimos Planes de Desarrollo estableció una política de estímulos tributarios para los inversionistas extranjeros al reducirles los impuestos por operar en Colombia.

Tal situación genera incumplimiento del principio de igualdad entre los empresarios colombianos y los extranjeros.

Estas externalidades ocasionadas por el Gobierno causan desplazamiento forzado de la población que habita en lugares donde se extrae el carbón. Uno de los principales impactos adversos de esta actividad es la presencia de material particulado en niveles que exceden los máximos permitidos por las normas en la calidad del aire y pongan en peligro la salud humana y la calidad de vida de los habitantes en los corregimientos de estudio.

Las autoridades, para solucionar el problema, delegaron la responsabilidad social a las empresas mineras (Drummond LTD, Sociedad Colombiana Natural Resources I S.A.S., Prodeco S.A. y Vale Coal Colombia Ltda., Sucursal Colombia CI. Prodeco S.A.). Esto significa que el reasentamiento de las viviendas y poblaciones afectadas por esta situación es obligación del sector privado, tal como se hace evidente en las resoluciones 1525 y 0970 de 2010, del Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo. Después de cinco años continúan las obligaciones de inversión. Las autoridades ambientales no exigieron oportunamente a las empresas y se vencieron los términos para contratar la fiducia mercantil con los aportes de estas para constituir el patrimonio autónomo.

A finales de 2014, nuevamente se revisa la ejecución del reasentamiento de la población, y la Contraloría General de la República, a través de notificaciones de los autos de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, les recuerda a las empresas el cumplimiento del Plan de Reasentamiento⁴⁴ y determina un plazo de 30 días para conocer los avances. La solución al desplazamiento forzado no existe hasta ahora. Algunos habitantes de Plan Bonito aceptaron reasentamiento voluntario de las empresas con pago de arriendos o compra de viviendas, pero perdieron la continuidad de sus ingresos por la contaminación en las fuentes hídricas que antes garantizaban, en parte, la seguridad alimentaria de la región.

El núcleo central de la discusión, luego de la revisión llevada a cabo en esta investigación, es que debe hacerse compatibles, en términos prácticos, la vigencia de los derechos económicos sociales y culturales (DESC) con la actividad minera, apuntando preferentemente a evitar los desplazamientos de la población. Esto se puede realizar al reconocer la imposibilidad de plantear los términos del debate en una suma cero: o es uno o es otro. Así, los procesos de minería deben virar hacia el reconocimiento del ejercicio respetuoso y responsable de las actividades en relación con el ambiente.

44 Ejemplos de Autos: 0457 de 2012, 0329 de 28 de enero de 2015 y 0468 de 9 de febrero de 2015. La Ley 1333 del 21 de julio de 2009 señala en su artículo tercero que son aplicables al procedimiento sancionatorio ambiental los principios constitucionales y legales que rigen las actuaciones administrativas y los principios ambientales prescritos en el artículo 1 de la Ley 99 de 1993.

Esto plantea dos escenarios de intervención en la formulación de los lineamientos, que se pueden considerar por orden de preeminencia. La fórmula general es la siguiente: en todo caso y en primer lugar, la minería debe respetar los DESC, especialmente la participación de la comunidad y el respeto por las condiciones de existencia. A su vez, ello hace necesario indagar sobre la consulta previa como derecho de carácter colectivo. Se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo económico, social y cultural.

En segundo lugar, si con esto no se evita el desplazamiento, los planes de reasentamiento, además de las normas, debe considerar el suministro de vivienda y servicios como un plan de desarrollo para la rehabilitación económica. Y el intermedio es siempre evitar el reasentamiento por proyectos, buscar la manera de que el reasentamiento esté más cercano a la categoría de desastre natural que a la voluntad individual expresa de los habitantes.

En esta ocasión, como adición a la conclusiones generales que sirven de base para el desarrollo de las propuestas de lineamientos en la materia, enfocados especialmente a la prevención, hemos incorporado como marco de referencia teórica la *ecología política*, a través de la cual proponemos integrar las perspectivas jurídica y económica en un espacio de lo común en el que la justicia social y ambiental se conjugue con procesos económicos de extracción de minerales; en este caso, a partir de la fórmula de internalizar las externalidades, es decir, de integrar al precio y al beneficio de los procesos económicos los costos y las desventajas que se presentan en términos de derechos de las poblaciones y de los impactos en el ambiente.

Las intenciones de Colombia de ingresar al club económico más importante en el ámbito mundial: la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), se han ido materializando durante los últimos cinco años. En materia ambiental, el país ha recibido evaluaciones y recomendaciones por parte de esta organización, con el fin de que se tengan en cuenta en el diseño de políticas mineras y ambientales.

En este sentido, sobre la política minera y ambiental en el Cesar caben muchas recomendaciones. Según un estudio de la OCDE (2014), “se necesita una inversión mucho mayor que la actual para prevenir y controlar la contaminación y proporcionar la infraestructura ambiental necesaria para que los ciudadanos gocen de buena calidad de vida medioambiental”.

Alguna medidas se han implementado durante los últimos años; por ejemplo, en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, el Gobierno incluyó un capítulo

sobre la sostenibilidad del medioambiente y la prevención de riesgos asociados a la contaminación ambiental. No obstante, según la OCDE, estos avances no constituyen un marco político coherente con el crecimiento verde.

Se hace necesario un conjunto de factores que, en el marco de una política minera, permitan alcanzar los objetivos sobre prevención de los efectos negativos de la explotación minera en Colombia, principalmente en el Cesar. Estos factores permitirán, entre otras cuestiones, prevenir el desplazamiento forzado de poblaciones a causa de la contaminación ambiental, evitar el deterioro de la salud de los habitantes de poblaciones aledañas a los sitios de explotación a causa del mercurio, la contaminación de los ríos y la erosión de la tierra.

Adicionalmente, y teniendo en cuenta que el Plan Nacional para el Desarrollo Minero resalta unas metas en las que el acento se manifiesta en la prevalencia del proceso económico, a continuación se plantea una serie de recomendaciones sobre política minera, desde una perspectiva de los derechos que formula un contrabalance de lo que el mismo Plan de desarrollo minero estipula. Estas, a su vez, se manifiestan no solo en términos generales, sino que también se ocupan de algunas circunstancias concretas.

Antes de pasar a ese tema, es preciso hacer explícitas las metas mencionadas:

- a) Duplicar la exportación de carbón.
- b) Ubicar los ingresos mineros como una de las primeras fuentes de ingresos del Estado.
- c) Triplicar el área de contratos mineros.
- d) Triplicar el área de explotación básica y lograr el 100% de cobertura.
- e) Fiscalizar el 100% de los contratos.
- f) Ejecutar las agendas ambientales para el desarrollo productivo, competitivo y responsable de la minería.
- g) Generar proyectos de producción limpia de la minería de pequeña escala.

Recomendaciones sobre la política minera

Ahora bien, en lo que viene a continuación se exponen los temas prioritarios que deben contemplarse en una nueva política minera que integre, por ejemplo, las conclusiones del presente estudio, que, en otras palabras, sugieren una mejor relación entre economía, derechos, sociedad y ambiente.

Moratoria minera en Colombia

La propuesta de moratoria minera no es nueva; sin embargo, fue copiosamente discutida durante la corta vigencia de la Ley 1382 de 2010, que reformaba el Código de Minas e incluso había sido propuesta por un ex ministro de ambiente (Foro, 2012). De manera simplificada, esta propuesta consiste en suspender el otorgamiento de títulos mineros hasta tanto no se haya avanzado de manera significativa en el ordenamiento ambiental del territorio colombiano.

Dicha propuesta cobra sentido al recordar que tan solo en los primeros diez años del siglo XXI la concesión de títulos mineros tuvo un incremento del 1.089% (Contraloría General de la República, 2011) y que la mayor parte del territorio del Cesar está en proceso de solicitud de licencia ambiental para explotación minera, situación que es aún más preocupante si se tienen en cuenta las debilidades institucionales y de capacidad de control y seguimiento de las autoridades ambientales encargadas de emitir las licencias ambientales, de las cuales en promedio solo niegan el 3% (Toro *et al.*, 2010).

Como consecuencia de la debilidad institucional, y gracias a las movilizaciones y denuncias de los colombianos afectados por los proyectos de minería, así como los informes de la Contraloría, de organizaciones sociales y no gubernamentales y de académicos independientes, es plausible llegar a la conclusión de que no se tienen las condiciones de gobernabilidad necesarias para ejercer un control ambiental y fiscal efectivo sobre procesos de minería, que garanticen el respeto de los límites ambientales y que no produzcan los efectos negativos que ya se vienen presentando (Fierro, 2012).

Entonces, un primer paso para aliviar la inoperancia o ineficiencia administrativa del sector minero, como lo llamó Claudia Jiménez (El Tiempo, 2012) —funcionaria del Ministerio de Minas, que pasó luego a ser la directora ejecutiva de la Asociación del Sector de la Minería a Gran Escala (SMGE)—, sería efectuar la tarea tantas veces aplazada de organizar y conocer el territorio colombiano. Gracias a ello se tendría conocimiento, por ejemplo, de las zonas que definitivamente —ya sea por su alta vulnerabilidad o por sus servicios ecosistémicos imprescindibles, como el caso de un páramo— deberían ser excluidas de la actividad minera, o de la calidad de las fuentes hídricas, con el fin de saber si es posible añadir aún más vertimientos a las cuencas, que actualmente en su mayoría se encuentran en estado crítico (Ideam, 2010).

Además del ordenamiento ambiental, la moratoria minera brindaría el tiempo necesario para resolver la crisis humanitaria producida por más de medio siglo de conflicto interno, que ha derivado en que más del 10% de la población total se

encuentre en situación de desplazamiento. Tal crisis no puede ser agravada, por lo que debería organizarse el territorio en primer lugar atendiendo a esta situación, esto es, procurando solventar la demanda de tierras de la población víctima del conflicto interno —principalmente desplazados—, así como las víctimas de desplazamiento por desastres ambientales, evitando aumentar el número de estos. Sin lugar a dudas, la solución de una problemática de tal magnitud como la del desplazamiento debería ser resuelta antes de concesionar el territorio para una actividad económica como la explotación minera.

Configuración de líneas base del ambiente y los recursos naturales

En concordancia con la propuesta de moratoria minera, para que la actividad minera no continúe generando los efectos negativos que ha tenido hasta ahora sobre el ambiente y los derechos humanos, es indispensable contar con información precisa y reciente del estado del ambiente en general y de las condiciones del aire, el suelo, el agua y la población en los casos específicos de explotación minera, como lo son los casos de las veredas Plan Bonito, El Hatillo y Boquerón.

Si bien esta información es recabada por la empresa interesada en realizar el proyecto y presentada a la autoridad ambiental dentro del estudio de impacto ambiental (EIA), los estudios que se han hecho sobre estos han demostrado que las empresas, en la mayor parte de los casos, llevan a cabo dichos levantamientos de línea base en tiempos reducidos que no permiten alcanzar la confiabilidad y exactitud de las muestras. Sumado a ello, debe considerarse que los proponentes no suelen exaltar las calidades de los recursos naturales ni la totalidad de servicios ecosistémicos que presta el entorno, pues ello les acarrearía un aumento de costes en los planes de manejo. En conclusión, se debe partir del reconocimiento de que la información presentada y recabada por los proponentes es parcializada, pues ello afecta sus intereses y, por tanto, la política minera no puede basarse en la buena fe de estos.

Por ello, urge la elaboración de dichas líneas base, por supuesto, efectuadas por las instituciones gubernamentales. El levantamiento de tal información contribuiría a mitigar la debilidad e incapacidad de las autoridades a la hora de estudiar la factibilidad de un título minero o una licencia ambiental, pues aun contando con la inexistencia de profesionales suficientes para hacer una evaluación de fondo de los estudios presentados por los proponentes, las autoridades tendrían información suficiente para determinar si un determinado proyecto de explotación minera es conveniente o no en un territorio preciso.

Si se tuviera una información fidedigna acerca de la capacidad de abastecimiento de agua dulce de las cuencas del Cesar, así como de la capacidad de sumidero de sus ecosistemas; si se contara con información completa respecto del total de desplazados de la zona, de las principales necesidades básicas insatisfechas y de las actividades económicas que dan sustento a los pobladores —o que podrían brindarlo—; si se tuviera certeza y claridad acerca del uso de recursos naturales que demandan los proyectos de desarrollo y explotaciones mineras de la zona, así como de los impactos ambientales producidos; entonces, una política minera podría desde el nivel general establecer estándares de concesión de títulos que asegurarán tanto la promoción y respeto de los derechos humanos de los pobladores, así como la protección del ambiente y recursos naturales, que son la base para la vida de los campesinos que habitan cerca de las minas de carbón. Además, ello permitiría la garantía de seguridad jurídica a los empresarios y, por ende, el aumento de su confianza inversionista, pues al tener claro el estado del ambiente y las condiciones de la población, es posible garantizar que un determinado proyecto no va generar disputa y resistencia por los recursos naturales o servicios ecosistémicos.

En este sentido, la Corporación Autónoma del Cesar (Corpocesar), en convenio con la empresa K2 Ingeniería, ha realizado estudios de la calidad del aire en zonas mineras del departamento en dos fases. La primera en cuanto al diagnóstico y diseño de redes, con el fin de documentar el fuerte impacto producido por las prácticas en la extracción de carbón; y la segunda, sobre el planteamiento de medidas preventivas y correctivas, con el fin de que la explotación minera en el Cesar no sea el mayor causante de las enfermedades respiratorias y cardiovasculares.

Para llevar a cabo estos estudios de monitoreo, Corpocesar y la empresa K2 Ingeniería han solicitado ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales la exclusión del IVA para los equipos empleados para el monitoreo (Certificación 4281, del 12 de septiembre de 2014, ANLA).

Cambio en la perspectiva de desarrollo

Este cambio quiere decir que el motor de la política minera ha sido, por lo menos desde el 2001, la búsqueda de “desarrollo” en el sentido economicista del concepto. No obstante, una política de desarrollo fundada en la extracción de recursos naturales no renovables debe comprender que la idea de desarrollo no puede delimitarse a la acepción crematística del concepto, esto es, al incremento cuantitativo de indicadores exclusivamente económicos, como lo son el PIB y la IED.

Por el contrario, un “desarrollo” nacional debería incluir dentro de sus componentes ciertos indicadores como la satisfacción de las necesidades básicas, el índice de desarrollo humano, la disminución de la tasa de morbilidad y mortalidad, el incremento de la tasa de cobertura y calidad en educación y salud. Asimismo, debería incluir elementos como la calidad del aire y de las fuentes hídricas, la capacidad de nuestros ecosistemas como sumideros de carbón. etc.

Entonces, el primer giro que debe dar la política minera como estrategia de desarrollo es la expansión e integralidad de este concepto en los términos explicados anteriormente. La anterior concepción de “desarrollo” es un corolario de la revisión de la totalidad de conflictos ambientales producidos en Colombia por los proyectos de explotación de minerales en general y de carbón en particular.

Como se colige del estudio consumado en las veredas Plan Bonito, El Hatillo y Boquerón, el aumento en los indicadores económicos no se ha reflejado en la disminución de la línea de pobreza, la mejoría de calidad de vida o una mayor concreción de los derechos de la población que habita los territorios objeto de explotación; por el contrario, las afectaciones a los derechos humanos de las poblaciones involucradas presentan un claro aumento. Entonces, ¿se puede hablar de política minera como promotora de desarrollo en estos casos? ¿Será que los fines de la política minera y del desarrollo deben ser replanteados? ¿Puede definirse el “desarrollo” sin una relación directa con la materialización de los derechos fundamentales de los colombianos?

La renta minera puede contribuir a la distribución de ingresos, al desempeño económico y democracia y, en algunos casos, al contrarrestar el retroceso de algunas poblaciones. El papel fundamental de las instituciones, según la perspectiva neoinstitucional⁴⁵, es contribuir a reducir la incertidumbre en procesos de intercambios impersonales, con la prevalencia de códigos de conducta y de normas que adquieren carácter vinculante para los agentes que contractualmente están participando, y bajo una vigilancia para velar por su cumplimiento a cargo, en última instancia, de una institución única por excelencia, con potestades diferentes a las demás instituciones: El Estado

Las instituciones nacionales, antes de dar las licencias ambientales a las empresas mineras, deben estudiar la relación tripartita entre la comunidad local, el Gobierno central y la empresa minera. Las leyes exigen evaluaciones previas de impacto ambiental y social, como el carácter prioritario del bienestar y desarrollo de las comunidades locales. En el caso de Plan Bonito, El Hatillo y Boquerón, las

45 El neoinstitucionalismo económico pretende introducir las instituciones como componente endógeno en modelos de comportamiento y desempeño económico (Garay, 2013d).

instituciones departamentales y locales no dialogaron con los habitantes de la región para establecer los planes de gestión ambiental y social. La propuesta en el Plan de Desarrollo 2014-2018 es delegar esta función en las autoridades competentes como la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, institución con debilidad para el control y la generación de efectos positivos de la minería sobre las condiciones de vida de la población local.

Las recomendaciones de la OECD (2014) se encuentran en la vía de que Colombia promueva un crecimiento socialmente inclusivo (a través de la reducción del indicador NBI, el coeficiente de Gini, aumento del índice de desarrollo humano, entre otros) y ambientalmente sostenible (reducción de los niveles de emisiones de CO₂, de la contaminación del aire y los ríos, entre otros), enmarcado en las políticas económicas, sociales y ambientales del llamado “crecimiento verde”. En este sentido, Colombia debe avanzar en incorporar estas recomendaciones en niveles tributarios y sociales, para encaminar el crecimiento hacia un crecimiento verde.

Superación del aislamiento de la política minera: por una política integral

Aunado al ineludible replanteamiento del concepto de “desarrollo” que se ubica en el corazón de la política minera, es imperioso superar el aislamiento que ha predominado en esta y que en gran medida ha sido la causa de los impactos ambientales negativos y de las múltiples violaciones a los derechos humanos asociadas a los grandes proyectos de explotación del carbón. Como consecuencia de la regulación solitaria devenida de la política minera y del desconocimiento de otros sectores productores de política —como el ambiental o las entidades territoriales—, la anticipación de las consecuencias de un proyecto de explotación se convierte en un proceso tortuoso y complicado, lo que finalmente termina provocando conflictos ambientales y sociales, al igual que pasivos ambientales.

Los formuladores de la política minera deben tener claro que las regulaciones mineras tendrán efectos en muchos otros campos —como el social, el ambiental, el ordenamiento territorial, etc.— y ser exponenciales. Así, los corolarios producidos por una regulación o un proyecto de explotación de carbón no serían ocasionados de manera individual y aislada. Prueba de ello es que solo una acción, a saber: la explotación de carbón —en los casos estudiados—, genera primero la contaminación y reducción de las fuentes hídricas y el aumento de material particulado en el aire, afectaciones ecosistémicas que a su vez redundan en la disminución de fauna y flora en el territorio afectado, producido por

las condiciones adversas. Y ello finalmente acarreará la violación de los derechos de los pobladores, que verán vulnerados sus derechos a la salud, al disfrute de un ambiente sano, a la seguridad alimentaria, a la vida e incluso a la propiedad privada.

Entonces, si la política y la explotación mineras generan una multiplicidad de efectos ambientales y de vulneraciones sobre distintos tipos de derechos de la población implicada, entonces la política pública en general y la minera en particular deberían actuar de manera integral en orden a cumplir los mandatos del artículo 2 de la Constitución Política de Colombia: “Promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

En términos generales puede decirse que no existe una valoración de los daños causados en los tres corregimientos, entendidos como las pérdidas significativas en el bienestar, causadas por detrimentos en los recursos naturales renovables (agrícolas) que superan los niveles determinados aceptables en términos legales y que han sido resultado de una actividad minera.

Al no contar con información sobre la magnitud de los daños ambientales que originan estos pasivos mineros, no es posible hoy estimar el valor real de estos pasivos. No obstante, recientemente se han generado varios indicadores que permiten formarse una primera idea acerca de la gran dimensión de estos pasivos, en varias direcciones: la cobertura de las autorizaciones ambientales sobre el total de títulos mineros otorgados en el país; la incidencia de títulos mineros otorgados en áreas de especial interés para la conservación de la biodiversidad; la cobertura de los títulos mineros con relación a las unidades de producción identificadas en el reciente censo minero; la cobertura de las autorizaciones ambientales, a partir de estas mismas unidades de producción minera; y la cobertura de la obligación de pagar regalías por parte de dichas unidades de producción (Contraloría General de la República, 2011).

Analizados estos indicadores, se observa con poca claridad que todos ellos reflejan muy bajos índices de cobertura de las medidas y los instrumentos de regulación y control disponibles en el país para prevenir la existencia y corregir las implicaciones de estos pasivos. En algunos casos, porque la propia legislación minera ha logrado, de manera poco aceptable, definir para el propio sector unas normas ambientales mucho más laxas que las vigentes para el resto de la actividad productiva del país.

Una de las conclusiones de esta investigación son los efectos negativos de las actividades mineras que se generan en múltiples campos de manera simultánea. Por ello, es apenas lógico que las estrategias elaboradas por el Estado deban proyectarse de forma integral. Así, entonces, la integralidad de la política pública y

la consecuente formulación de la política minera en comunicación, coordinación y retroalimentación con la política ambiental, social, territorial, de salud, etc., no solo es un imperativo constitucional y ético, sino además lógico y pragmático, atendiendo a los resultados investigativos de los estudios de caso como el presente.

Revisión del régimen tributario (sin exenciones tributarias)

Con el fin de hacer de la minería una verdadera actividad promotora de desarrollo económico, es necesario configurar un régimen claro de obligaciones tributarias, así como fortalecer y asegurar la capacidad fiscalizadora del Estado. Solo de esta manera se podrá conocer con exactitud si el sistema de contratos de concesión resulta ser el más costo-eficiente.

La necesidad de tal revisión surge de las continuas denuncias que han hecho los expertos, según las cuales el gobierno colombiano estaría subsidiando a las empresas mineras y petroleras mediante exenciones tributarias, contratos de estabilidad jurídica y descuentos sobre regalías (ABC Colombia, 2013; Fierro, 2012; Cinep, 2012; Razón Pública, 2012). Si se tienen en cuenta los pobres resultados en el ámbito de respeto de derechos humanos, calidad de vida y bienestar de las poblaciones en cuyos territorios se han llevado a cabo proyectos de minería, se comprobará que existe un enorme fundamento fáctico que apoyaría la tesis de que los ingresos percibidos por la nación con ocasión de las regalías no corresponden con el nivel, la cantidad y los impactos negativos producidos por la explotación.

En este sentido, la Unidad de Planeación Minero Energética (2011) presenta los resultados de un estudio contratado para calcular el indicador económico que mide la participación del sector minero en los ingresos del Estado colombiano, entendido como el *Government Take*. En este estudio se establece que el indicador de *Government Take* de Colombia alcanza tan solo el 22%, lo cual implica que por cada 100 pesos que produce la industria minera en el país con la explotación de los suelos, el Estado colombiano solo recibe 22 pesos. Este indicador se acerca al índice *Government Take* de Chile, cuyo valor alcanza el 26%. Chile es el país con mayores beneficios mineros en América Latina, con un puntaje de 78,5, seguido de Colombia, con un puntaje de 71,7 según el índice de libertad económica de The Heritage Foundation (2015).

La nueva política minera debería considerar este punto teniendo en cuenta que el PIB minero duplicó en crecimiento al PIB nacional en el 2010. Si bien estos resultados son buenos para el país en términos de flujos de capital, debemos también entender que esto no es suficiente; es necesario que Colombia entre en el periodo de transición hacia un crecimiento sostenible, en concordancia con el medioambiente.

Para lograr esto, el recaudo tributario del Gobierno gracias a la explotación minera de recursos naturales debe incrementarse, para responder a los efectos negativos que las prácticas de extracción han provocado sobre los suelos y las poblaciones aledañas a las áreas de explotación.

Adicionalmente, el nuevo sistema de regalías debe contribuir a reducir las brechas de ingreso que existen entre las regiones del país y garantizar que los recursos destinados al desarrollo de la infraestructura sean empleados para este fin. También es necesario crear un esquema de impuestos destinados a recaudar ingresos, en función de aumentar el presupuesto que se destina a gasto público ambiental, ya que según la OECD (2014, p. 81), el nivel de gasto ambiental de Colombia es bajo en comparación con los países de la OECD.

Exigencia de licencia ambiental a la etapa de exploración

Al otorgar los contratos de concesión a las empresas en Colombia, los habitantes de la región donde se localiza la mina de carbón desconocen los efectos en las condiciones ambientales por la cantidad de partículas generadas en la explotación. La salud de la población está igualmente asociada a las condiciones de vida y abandono socioeconómico.

Las actividades mineras en una región deben evaluarse desde una perspectiva multidimensional, con diferentes interacciones entre al menos diez dimensiones diferenciadas: social, cultural, institucional, ecológica, económica, política, territorial, tecnológica, global y sistemática; es decir, llaman la atención sobre la gran complejidad de los impactos que las actividades mineras, especialmente de gran escala, generan sobre todo el tejido de relaciones en el interior de las comunidades locales y de las relaciones de ellas con el resto del entorno nacional e internacional (Garay, 2013d, p. 31).

El papel de las corporaciones regionales en el control y monitoreo de contaminantes derivados de la minería del carbón resulta casi invisible en la práctica. En este sentido, las comunidades no cuentan con información fiable ni oportuna sobre la calidad del ambiente en que habitan. La evaluación de los macroproyectos mineros para determinar el otorgamiento de la licencia ambiental es precaria; la institucionalidad ambiental no cuenta con los profesionales, el tiempo de análisis, ni la experiencia suficientes para determinar si efectivamente la información aportada es veraz, ni si las medidas de manejo ambiental son suficientes para prevenir los impactos ambientales generados. Esta situación es aún más precaria en las entidades ambientales regionales que evalúan los proyectos mineros de mediana a pequeña escala; en dichas entidades, los recursos humanos, económicos y logísticos son aún más

limitados que en la ANLA (Garay, 2013d). En 2008, González (citada en Garay, 2013d, p. 117) dice al respecto:

El nivel de concertación es el acuerdo mediante el cual dos o más personas o grupos de una colectividad definen la solución más conveniente para un problema y los medios de ejecutarla. Le sigue el nivel de decisión, que es la adopción de una idea o de una forma de actuación sobre un problema, acogida a partir de la formulación de dos o más alternativas. Luego está el nivel de gestión, que es el manejo de un conjunto de recursos de muy diversa índole, destinada a ejecutar las acciones necesarias para obtener un resultado final (p. 17).

La participación ciudadana en los planes de gestión ambiental y social es baja, y el tema no se considera a profundidad en la legislación ambiental. Los estudios de impacto ambiental por lo general se delegan a las empresas mineras, que no le dan importancia a la caracterización social. Además, las autoridades ambientales tampoco consideran los efectos sociales al aprobar las licencias ambientales.

Desde la expedición del cuarto decreto reglamentario del título VIII de la Ley 99 de 1993, sobre la licencia ambiental, Decreto 1728 de 2002, se eliminó la exigencia de licencia ambiental a la actividad de exploración minera. Sin embargo, dicha exclusión se hizo sin ningún fundamento jurídico o técnico, incluso contradiciendo lo dispuesto por el artículo 49 de la Ley 99 de 1993, que estipula como obligatoria la licencia ambiental para “el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje”.

Y precisamente el artículo 78 del Código de Minas (Ley 685 de 2001) enuncia que los trabajos de exploración tendrán como uno de sus objetivos determinar “el impacto que sobre el medio ambiente y el entorno social puedan causar estos trabajos y obras”. Esto quiere decir que el Código reconoce que la exploración minera puede producir impactos sobre el ambiente, lo cual ha sido verificado en distintos estudios de caso, como en Plan Bonito, El Hatillo y Boquerón; y a pesar de existir el deber legal de someter dicha actividad al proceso de licenciamiento ambiental, no se considera el entorno social⁴⁶.

Por esta razón, una condición mínima para asegurar el cumplimiento de los deberes constitucionales del Estado, en especial la protección, el respeto y el cumplimiento de los derechos de los ciudadanos, requiere que la actividad de exploración minera, de comprobado impacto social y ambiental, se someta de nuevo al proceso de licenciamiento ambiental.

46 Términos fijados en el artículo 49 de la Ley 99 de 1993.

Recomendaciones concretas en los casos de Plan Bonito, El Hatillo y Boquerón

Por último, basta señalar las recomendaciones concretas para el caso de estudio referido. Para ello, en primer lugar, es importante reconocer que existen distintas maneras de definir los “derechos”, y la acepción más común en el derecho colombiano es aquella que los divide en tres categorías y los asocia a tres principios fundamentales que definen el tipo de comportamiento que debería tener el Estado.

Así, en primer lugar identificamos los *derechos civiles o políticos* (el estándar del Estado liberal), asociados al principio de libertad (también llamados “derechos de libertad”) y que exigen para su cumplimiento la abstención o acciones negativas (no hacer) por parte del Estado. En segundo lugar estarían los *derechos sociales, económicos y culturales*, agrupados bajo el principio de igualdad y que exigen acciones positivas (obligación de hacer) por parte del Estado para su efectiva consecución. Por último, estarían los denominados *derechos ambientales*, ubicados bajo la égida del principio de solidaridad, y que necesitan para su protección acciones negativas y positivas por parte del Estado (Mesa, 2007).

Desde esta perspectiva, los derechos podrían ser definidos como la capacidad que tienen los ciudadanos de exigirle al Estado la ejecución de acciones negativas o positivas según el tipo de demanda social. Sin embargo, como se ha confirmado en el presente estudio de caso, y como se ha podido observar en la mayoría de conflictos ambientales suscitados por los grandes proyectos mineros, tal concepción de los derechos no ha sido fructífera y ha derivado en la afirmación y el respeto de los derechos humanos vulnerados por la actividad minera en apenas algunos casos.

Tal dificultad en la defensa y garantía de los derechos humanos vulnerados por la actividad minera en el sistema jurídico colombiano nos lleva a reflexionar acerca de las condiciones que sostienen dicho estado de cosas. Las causas son múltiples y han sido identificadas en el acápite anterior; no obstante, dichos defectos se reconocen en el macronivel institucional, y en virtud del sistema democrático que poseemos desde la Constitución de 1991, no puede ser transformado de manera inmediata.

Es entonces justo, después de efectuar dichas comprobaciones, saber que institucionalmente no existen mecanismos que garanticen el cumplimiento de los derechos fundamentales vulnerados por la actividad minera y que la vía del litigio jurídico ha brindado escasos resultados en esa dirección. Por ello surgen estos interrogantes: ¿cómo defender los derechos de las comunidades que están siendo vulnerados actualmente por las actividades mineras? ¿Cómo garantizar a los pobladores de Plan Bonito, El Hatillo y Boquerón el respeto de sus derechos a la vida, la salud, el ambiente sano y la dignidad?

La respuesta no es fácil ni definitiva, pero lo que una investigación como la presente sugiere es que debe ser formulada en una clave diferente a la que hasta ahora ha sido intentada. Para ello debe abrirse la perspectiva del concepto de “derechos” que se perfila como hegemónica. En ese orden de ideas se planteará una reflexión que partirá de una nueva concepción de derechos dirigida a superar la fundamentación y tridivisión propuesta por el Estado liberal, la cual girará en torno al imprescindible fortalecimiento de la participación ciudadana.

Desde la perspectiva de Ferrajoli (citado en Mesa, 2007), un derecho nace cuando alguien sufre la violación de un “bien vital” y la considera intolerable; en este sentido, el “derecho” sería entonces la capacidad de reacción ante una agresión, lo cual derivaría en la consideración de este como una resistencia, y no como una concesión del más fuerte. Por ello, para el teórico italiano, los derechos humanos se estructuran como las leyes del más débil, porque surgen como un proceso de resistencia y de lucha proactiva que ha derivado después de una serie de vulneraciones al establecimiento de un derecho.

Tal disquisición acerca de la fundamentación de los derechos nos llevaría a una conceptualización de los derechos humanos como un conjunto de procesos sociales, económicos, normativos, políticos y culturales que abren y consolidan espacios de lucha por una particular concepción de “dignidad humana”, construida por aquellos que han sufrido el quebrantamiento de sus “bienes vitales” (Mesa, 2007, p. 46). En conclusión, los derechos humanos no son conquistas logradas que permanecen en el tiempo, sino más bien el término convencional a partir del cual se ha intentado resumir la ancestral lucha de los seres humanos por conseguir los bienes necesarios para una vida digna, y no únicamente las garantías jurídicas a la hora de defenderlos (Herrera Flores, 2005, p. 323, citado en Mesa, 2007, p. 44).

Desde esta particular óptica que concibe a los derechos humanos como una constante lucha hacia la dignidad humana, ya no como concesiones del Estado que pueden ser demandadas mediante los instrumentos jurídicos brindados por él, una tridivisión de los derechos pierde sentido, pues como se vio, las violaciones y los daños sufridos por las poblaciones estudiadas se han ocasionado de manera simultánea e interrelacionada, sin atender en grado alguno a la división de derechos civiles y políticos, económicos, culturales o ambientales.

El conjunto de derechos humanos concebidos en esta perspectiva, que autores como Mesa (2007) y Santos (2003) han denominado “derechos ambientales”, tendrían que ser vistos y tratados como derechos a la participación ciudadana en materia ambiental; ello quiere decir que las exigencias de participación y de derechos sobre el territorio de la población afectada no pueden plantearse solamente desde la lógica de los “derechos” que propone el sistema actual colombiano, sino que deben trascender hacia acciones que conciban el derecho

como un campo posible de ser transformado hacia una definición de desarrollo fundamentada en la idea de dignidad humana construida por los débiles.

En esa dirección tienen lugar las propuestas de fortalecimiento de derechos fundamentales como el de la consulta previa y la extensión de este derecho a las comunidades campesinas como las referidas en este estudio; proposición que desde la teoría de los derechos liberal tradicional no podría tener lugar, pero que desde una nueva teoría de los derechos como la presentada cobra total sentido, como ya ha sido demostrado y fundamentado por autores como Quesada Tovar (2013).

Las nuevas demandas y estrategias de reivindicación de derechos deben estar encaminadas de acuerdo con el derrotero trazado. Por supuesto, una perspectiva tal no ofrece soluciones de corto plazo; sin embargo, abre un nuevo camino, una alternativa inexplorada que no parece estar destinada al naufragio y la miseria de la mendicidad de los derechos al que la configuración del sistema de derechos vigente en Colombia y en el mundo ha llevado a los más desfavorecidos.

A todo lo anterior debe sumarse el hecho de que las poblaciones de Plan Bonito, El Hatillo y Boquerón forman parte de la Jagua (departamento del Cesar), uno de los 41 distritos mineros de Colombia, heterogéneos entre ellos (debido a diversos factores que pueden influir en que las relaciones entre las empresas mineras y las comunidades sean conflictivas). Según Benavides (2014), “el diseño de las políticas para el sector minero debe considerar la asimetría que caracteriza la relación entre comunidades locales y empresas mineras”; por ello, el Gobierno debe establecer un marco de política pública, en términos económicos y sociales único para la región minera en el Cesar.

Esta política debe contemplar al Estado no como un árbitro en la solución de problemas que se generan en los procesos de explotación minera, sino como garante de que el interés público sea defendido, así como defensor de los derechos humanos de los habitantes de los municipios que forman parte de las zonas mineras.

En consecuencia, la política minera para el Cesar debe garantizar el monitoreo y control sobre los recursos de regalías que son destinados a proyectos de inversión pública y social, en términos de infraestructura vial y de servicios públicos. Esto con el fin de garantizar que los dineros para proyectos de inversión lleguen en su totalidad a cumplir los objetivos tendientes a mejorar la distribución del ingreso en los municipios que son objeto de explotación minera, la reducción de los indicadores de necesidades básicas insatisfechas y reducir los riesgos por enfermedades respiratorias a causa de la contaminación ambiental, lo cual incluye reducir los costos ambientales para proveer un ambiente adecuado para el desarrollo sostenible.